19. 229

IHS

POR DON ANTONIO DE ROSALES DEL AGVILA,

y don Agustin del Aguila y Rosales.

En el pleyto de particion.

CON

DON GERONIMO, y doña Violante de Santisteuan Marqueses de Cropani.

En Malaga lo imprimiò Iuan Serrano de Vargas, Año de 1634.



Edro Rodriguez de Santiſteuã Capitan ordinario de ſu Mageſtad, y Alcayde de la Fortaleza y Caſtillo de la Fuengirola, deſpues Marques de Cropani, tuuo por legitima muger a D. Beatriz de Roſales, que primero lo fue de Fernando de Morera. Del primer matrimonio tuuo la dicha doña Beatriz dos hijos, don Iuan del Aguila, y don Antonio de Roſales del Aguila. Don Iuan fallecio, y ſucedio en ſu lugar don Aguſtin del Aguila, ſu hijo legitimo, que ſon oy los litigantes por nueſtra parte. Del ſegundo matrimonio no huuo hijos.

1 ¶ Durãte eſte ſegũdo matrimonio, ſu Mageſtad auentajò en mayores plazas al dicho Capitã por los muchos y buenos ſeruicios que le hizo, y en efeto le dio titulo de Marques de Cropani, y Maeſſe de Campo General del Reyno de Portugal, cõ tresmil eſcudos de ſueldo en cada vn año. Deſta plaza fue proueido en veinte y cinco dias del mes de Agoſto de mil y ſeiſcientos y veinte y dos años.

2 ¶ Deſpues deſto, ſu Mageſtad hizo merced al dicho Marques, del titulo de Maeſſe de Cãpo General, de la Armada que fue a la Iornada del Braſil, para reſtauracion de la Baia, cõ otros tres mil ducados de ſueldo, ſu data en Madrid, a cinco de Otubre, de mil y ſeiſcientos y veinte y quatro años.

3 ¶ Antes q̃ el Marques partiera para el Braſil, hizo teſtamento cerrado en la ciudad de Liſboa en quatro dias del mes de Otubre de mil y ſeiſcientos y veinte y quatro años: y deſpues de auer buelto con vitoria del dicho viage, otorgò vn codicilio en la ciudad de Cadiz (adonde fallecio)

en

en diez dias del mes de Abril, de mil y ſeiſcientos y veinte y ſeis años.

4 ¶ Y porque para inteligencia de las dudas que ſe ofrecen en la particion de ſus bienes, con los herederos de la Marqueſa ſu muger, es meneſter repetir algunas clauſulas del dicho teſtamento y codicilio, pondre aqui las mas eſſenciales, obuiando prolixidad todo lo poſsible, a que no diera lugar la breuedad del tiempo; aunque para pleyto adoptiuo, de tantas pretenſiones, que tuuo ageno patrocinio, fuera meneſter mas tiempo y mas lugar.

5 ¶ La clauſula de inſtitucion de herederos, en el teſtamento del Marques, es en eſta manera.

Declaro, que yo tengo por mis ſobrinos, a don Pedro Rodriguez de Santiſteuan, y a don Geronimo Rodriguez de Santiſteuan, hijos ſuyos legitimos de mi hermano Luis de Santiſteuan; y por hija natural a doña Violante Rodriguez de Santiſteuan: y conſiderando la obligacion que me corre de ampararlos a todos, quiero y es mi voluntad, que el remaniente de mis bienes y hazienda, cumplido todo lo atras referido, ſe imponga en renta lo que no eſtuuiere, y que ello, y todo lo demas, ſin que falte coſa alguna, quede vinculado para ſiempre jamas, y que lo ayan y gozen de preſente don Pedro Rodriguez de Santiſteuan, y doña Violante Rodriguez de Santiſteuan, mi hija y ſobrino, auiendoſe caſado con diſpenſacion de ſu Santidad, todos los dias de ſu vida: y ſi tuuieren hijos, lo hereden ellos y ſus deſcendientes para ſiempre jamas, y el titulo y Marqueſado de Cropani, deſpues de los dias de la Marqueſa, mi querida y amada muger: porque durante ſu vida le dexo por heredera del, y que deſpues buelua a los ſuſodichos. Y a falta de hijos de los dichos don Pedro y doña Violante, deſpues de ſus dias venga a don Geronimo Rodriguez de Santiſteuan, &c. Los dichos don Geronimo, y doña Violāte de Santiſteuan, Marqueſes de Cropani

pani, ſon oy partes contrarias en eſta particion, como herederos del Marques, en virtud de otra clauſula que no refiero, porq̃ no ſe duda en quanto a la ſuceſsion.

6 ¶ Ay en el teſtamento otra clauſula, que contiene eſtas palabras.

Iten quiero, y es mi voluntad, que en lo que es los bienes muebles, ſedas y tapicerias, plata labrada, y oros, y moneda, que quedare de mi puerta adentro, el dia que yo falleciere, ſe paſſe por lo que dixere y declarare de palabra, mi querida muger: porque de ſu conciencia y pecho Chriſtiano fiara, y fio mi alma, &c.

7 ¶ Dize otra clauſula deſta manera. *Iten declaro, y es mi voluntad, que hecho inuentario de los bienes muebles y rayzes, que quedaren por mi fin y muerte, ſe le dè la mitad a doña Beatriz de Roſales, Marqueſa de Cropani, mi querida y amada muger, deſpues de auer ſacado lo que ha de auer por ſu carta de dote, y otras coſas que yo dexo declarado, y tambien ſe ha de ſacar mi capital: como lo vno y lo otro conſta de las eſcrituras, no embargante que ay pareceres de Letrados, que dizen no le tocan, que ſon bienes caſtrenſes, que aunque no le toque, yo ſe los quiero dar por mera voluntad, y a fin que por mis herederos no le pueda ſer pueſto pleyto, ni impedimento, y ſi ſe lo puſieren, dexo toda mi hazienda a la dicha Marqueſa, para que della y qualquier parte della, haga las obras pias que quiſiere por mi alma. Y derogo todo lo demas que abaxo yrà declarado en fauor de los herederos deſte mi teſtamento.*

8 ¶ Ay en el teſtamento otra clauſula, que dize eſtas palabras. *Es declaracion, que en dinero dexo en vn cofre, en poder de la Marqueſa, ſeis mil ducados de a onze reales, &c.*

9 ¶ Ay en el codicilio vna clauſula, en eſta forma.

Y los ſuſodichos han de cobrar el ſueldo que ſe me deuiere

uiere en Lisboa, por el cargo de Maesse de Campo General de aquel Reyno; y asi mismo los seis mil ducados que yo dexè separados a la Marquesa mi muger, demas del gasto ordinario: los quales junto con lo sobredicho, y la plata, muebles y esclauos, y la hazienda que està en Malaga, de que ha de dar quenta don Geronimo de Santisteuan mi sobrino, asi de los corridos, como de las cobranças que ha hecho, y con lo que se hallare aqui despues de mi muerte, asi en moneda de plata y bellon, plata labrada, joyas, muebles, y demas cosas que parecieren ser mias, hecho todo monton, quiero y es mi voluntad, que lo partan y hereden amigablemente, no embargãte que ay parecer, que lo multiplicado de los bienes castrenses no lo deuo partir: pero por el amor que tengo a la Marquesa y sus hijos, es tal, que si mas pudiera mas les diera: y esta particion se ha de entender entre tres, la Marquesa por vna parte, y doña Violante mi hija, y don Geronimo de Santisteuan mi sobrino por otra, como lo declaro en mi testamento, a cuya forma y manera me refiero.

10 ¶ Auiẽdo fallecido el Marques en la ciudad de Cadiz, como està dicho, sin embargo de la clausula referida, hizo la Marquesa inuentario de los bienes que quedaron en la ciudad de Lisboa: murio en la de Zaragoza, y sus hijos y herederos executaron por la dote, que se dio por pagada en aquel juyzio executiuo, con las partidas que se dixo auer cobrado del sueldo en vida del Marques su marido, y otras, de que consta mas largamente en la executoria presentada en estos autos. El pleyto es largo, las pretẽsiones muchas, el tiempo breue; pondre aqui las mas essenciales, y que consisten en derecho, dexando las de menor calidad, y que consisten en la prueua, que resulta de los autos: porque auiendo de satisfazer a todo, fuera necessario hazer otro nueuo processo. Y porque se dè a entender con mas claridad y

diſtincion, pondre las pretenſiones de ambas partes ſeparadamente, y reſoluere cada vna en ſu Articulo.

PRETENSIONES de los Marqueſes de Cropani, don Geronimo de Santiſteuan, y doña Violante de Santiſteuan.

.I.

QVe la dote de doña Beatriz de Roſales, Marqueſa de Cropani, ſe ha de dar por pagada, con las partidas contenidas en la ſentencia de remate; y que en razon dello no quedò recurſo a los dichos don Antonio de Roſales del Aguila, y don Aguſtin del Aguila, para eſte juyzio de particiones, por ſer coſa juzgada entre las miſmas partes.

.II.

Que por muerte del Marques quedaron muchos bienes en la ciudad de Lisboa, en caſa de la dicha Marqueſa, que no ſe inuentariaron. Piden que ſe traigan a particion.

.III.

Que aſsi miſmo quedaron ſeismil ducados en el gueco de vna chimenea, fuera del gaſto ordinario. Que ſe traigan a particion, conforme la clauſula del teſtamento y codicilio.

.IIII.

Que los aprecios en que ſe apreciaron los bienes inuentariados, ſon muy baxos. Que ſe ha de

eſtar

estar a lo que pretenden prouar en estos autos, en quanto al valor de los dichos bienes.

ARTICVLVS I.

Que lo juzgado en el pleito executiuo, no induze excepcion de cosa juzgada para este juyzio ordinario.

11 ¶ Para que proceda lo que auemos de dezir, primeramente se deue presuponer, que aũque en el pleyto executiuo, quando los dichos dõ Antonio de Rosales del Aguila, y don Agustin del Aguila, executaron por la dote de la Marquesa su madre, se le mandaron baxar en la sentencia de remate algunas partidas, como fue lo que se dize auer cobrado del sueldo de Maesse de Cãpo General, y lo procedido del coral. Esta sentencia, ni en estas partidas, ni en las demas, pare excepcion de cosa juzgada.

12 ¶ La razon, es: porque no puede auer en el pleyto executiuo bastante conocimiento de causa, que aunque no son executiuas todas las causas sumarias, vt tenet Salgado, de Regia protectione, 3. par. cap. 2. num. 91. Castrens. cons. 319. col. 2. vers. Et hoc ideo; qualquiera causa executiua se reputa y juzga por sumaria, Maranta in praxi, 4. par. in 9. distinct. iudici, num. 175. & sequentibus, Ioannes de Immola, cons. 130. incipit in casu premisso, num. 3. Romanus, cons. 323. num. 5. y como tal no haze juyzio irreparable la sentencia de remate, y se juzga por interlocutoria, Castrens.

cons.

conſ.116.incipit viſsò,col.3.verſ.Etſi dicatur, lib. 1.& col.penult.in princ. porque para eſto fueran neceſſarias mas dilaciones,y no baſtara el termino abreuiado que tienen las cauſas executiuas: porque quando la cauſa es ſumaria, todos ſus articulos ſe reputan por tales,idem Salgado, de Regia protectione,3.par.cap.4.num.24.

13 ¶ Y no obſta,que la ſentencia de remate eſtè executoriada, ni pierde ſus qualidades de executiua y ſumaria, y con ellas paſſa a los Iuezes ſuperiores,ſin alterar ſu naturaleza, docet Felinus,in cap.cum acceſsiſſent, num 8. de conſtit. Lambertinus,de iure patronatus,3.par.lib.2. q.7. Selua, de beneficijs, 3.par. quæſt.49. Rebufus, in praxi,tit.de volut.à nu.40. Corraſius, 4 par.cap. 4.num.16.Ferretus,conſ.221.num.2.Parlad.lib.2. rerum quotid.cap.fin.4.par.§.15.num.8.

14 ¶ Y lo miſmo procede,que la ſentencia de remate ſe pronuncie por el Iuez ordinario, q̃ por el Iuez ſuperior,l.poſtquàm,§.Imperator, ff. vt leg.nomine caueatur,Bart.in l.3.§.1.num.5. ff. de duobus reis, Abb.in cap. cum Ioannes, nu.17. de fide inſtrum.Immola,in l.amplius, §.fin. ff.de damno infecto:porque el Iuez de la apelacion ſucede en lugar del primer Iuez,Capicius, deciſ.86 num.19.y aſsi no puede,ni deue hazer mas que el Iuez ordinario,en quanto a la qualidad de la cauſa,Puteus,deciſ.184.incipit,Ioannes Salano, nu. 5.lib.3.Parlad.vbi ſup.d.num.8.

15 ¶ De aqui ſe ſigue, que la cauſa executiua en la primera inſtancia,lo es tambien en la ſegunda y tercera,Puteus,deciſ.426. num.2. & deciſ.434.num.3.lib.2.y a eſta cauſa no ſe admiten todas las defenſas de derecho neceſſarias, ni tachas de teſtigos, y todo queda reſeruado para la via ordinaria,Roman.ſingulari 383. Curti.iunior

in

in l.admonendi, col.19.ff.de iure iurando, Curt.senior, ibidem, Menoch.de arbitrar.lib.1. quæst.32. lo que no fuera si huuiera perjuyzio totalmente irreparable: porque aunque la causa fuera sumaria, no se quitaran todas las defensas, per doctrinam Bart. in l.1. §.fin. col.1. ff.de pretor.stipulat. qué sequuntur plures per Marant.in pract.4.par. de ordine iudiciorum, 9.distinctione, de iudic.ordin.& summar.num.46.pag.198.in paruis, Lanfrancus, in cap.quoniam cõtra falsam, tit.de causa delegata & summ.num.11.fol.155.in paruis.

16 ¶ De lo dicho se infiere, que la sentẽciæ de remate, y executoria en el pleyto executiuo, no pare excepcion de cosa juzgada, y sin embargo della quedò recurso a los dichos don Antonio de Rosales, y don Agustin del Aguila, para este juyzio de particiones, tenet Roderic.Suarez, in l. post rem iudicatam, §.sed pulchrum dubium, in final.verb.fol.mihi 147.col.4. Azeued. & Auenda.ab eo relatus, in l.1.tit.21.num.198.lib.4.recopil. Ioannes Gutierr. practic. quæstionum, lib.1. quæst.115.num.2. Parlad.lib.2. rerum quoti. cap. fin.5.par.§.12.num.4.ibi: *Sed & illud non erit obliuiscendum sententiam in huiusmodi causis summarijs latam, non plenum parare præiudicium in via ordinaria, &c.* & cap.præcedenti, num.52. ibi: *Neque enim iudicium hoc extraordinarium parit exceptionem rei iudicatæ in causa ordinaria*. Et ex antiquioribus Ioannes de Immol.cons.130.num.3.& sequentibus, Castren. cons.116.col.penult.num.3.lib.1.

17 ¶ Y aunque suelen los Doctores hablar en el reo executado, porque es el que suele ser siẽpre grauado, lo mismo procede en el actor executante; pues las razones en que se fundan de juyzio estraordinario, y summario, proceden assi en el vno, como en el otro, & per consequens el mis-

mó derecho, argum. textus, in l. illud, cum similibus, ff. ad l. Aquil.

18 ¶ Sed quia frustra fit per plura, quod per pauciora fieri potest, esto carece de toda duda, por la expressa reseruacion que se hizo a ambas partes en la dicha sentencia, ibi: *Y reseruamos su derecho a entrambas las dichas partes, para que en razon de las pretensiones que tienen la vna contra la otra, y la otra contra la otra, deduzidas en el progresso deste pleyto, y las demas que tuuieren, las prosigan, y sigan, y pidan en el juyzio de particion y quentas, que tienen començado ante la Iusticia de la ciudad de Malaga, &c.* quod procedit iuridicè, ex doctrina text. in l. Bebius, in fine, ff. de pactis dotalibus, l. item Labeo, §. fin. ibi: *Sed si purè*, glos. verbo, purè, ff. famil. herciscundæ. Y semejantes reseruaciones que se hazen muy ordinario, secundum Bald. in l. 1. num. 77. C. qui accusare non possunt, son de grande vtilidad, respeto de no auer en los pleytos sumarios, como diximos, bastante conocimiento de causa, Castrens. cons. 247. ad fin. lib. 1. Bald. cons. 323. lib. 2. & cons. 18. in princ. Alexand. cons. 174. in princ. lib. 2. Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 5. par. §. 15. in fin. ibi. *Quamquàm cùm soleant iudices executionem irritantes integrum ius creditori reseruare, &c.* la qual reseruacion, siendo con palabras generales, o indefinitas, que tienen la misma fuerça, comprehende todas las pretensiones deduzidas, y no deduzidas en el dicho pleyto executiuo, Beccius, cons. 74. in fin. Mayormente expressandose esto con tanta claridad en la sentencia, & quia in certis non est locus coniecturis. Cætera, quæ huic articulo adaptari possent, videnda sunt per Cardinalem Tuschum, conclus. 243. cum duabus sequentibus, tomo 6. litera R.

19 ¶ Confirmase con la repeticion y gemi-

nacion

nacion de las palabras en la dicha ſentencia, ibi: *Proſigan, ſigan, y pidan*, quæ geminatio maiorem deliberationem inducit. l. Baliſta, ff. ad Trebel. Curti. iuni. conſ. 264. num. 32. Rolando à Valle, & quos allegat, conſ. 61. num. 40. y obran el miſmo efeto que las palabras generales, y aun mas, Corneus, conſ. 174. num. 11. lib. 2. idem conſ. 185. num. 5. & conſ. 69. num. 19. dicto lib. 2.

ARTICVLVS II.

Que ſe deue eſtar al inuentario que hizo la Marqueſa doña Beatriz de Roſales, y no a lo que ſe intentò prouar por los Marqueſes don Geronimo de Santiſteuan, y doña Violante de Santiſteuan, en quanto a los bienes que quedaron en la ciudad de Lisboa, por fin y muerte del Marques Pedro Rodriguez de Santiſteuan.

20 ¶ Con razon dize Baldo en la l. lege duodecim tabularum, C. de legitimis heredibus, que mas conforme es a derecho natural, la libertad que tienen los que ſe mueren, de diſponer de ſus coſas como quieren, que la ſuceſsion de los hijos; pues no ay coſa mas conforme a razon natural,

ral que cumplirse, y tener efeto vna volũtad, que se acaba con la vida del que ya no podra tener otra, y a este fin se le da autoridad de ley, textus est vulgaris, in authent. de nuptijs, collat. 4. ibi: *Disponat itaque testator, & erit lex*, cui cõsonat text. in l. in conditionibus, in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si fratres, §. idem respondit, ff. pro socio, l. 1. C. de sacros. Ecclesijs, cap. vltima voluntas 13. quæst. 3. y el mismo Bald. quem refert Tiraq. in l. si vnquàm, num. 52. C. de reuocand. donat. dize, que la ley sigue la volũtad del testador, sicut canis sequitur leporem, en efeto es grande la autoridad que el derecho da a esta suprema y vltima voluntad, vt probatur in l. verbis legis, ff. de verb. signif. l. 1. in princ. ff. ad l. falcidiam, l. heredi posthumo, ff. de leg. 1. l. fidecicommissa. §. itẽ si quis, ff. de leg. 3. l. quisquis, ff. eod. l. ex facto proponebatur, §. rerum, ibi: *Et totum quidem voluntas testantis facit*, ff. de hered. instituend. l. si mihi & tibi, §. in legatis, de leg. 1. l. cum antiquitas, ibi: *Voluntas testatoris*, C. de testamentis, l. quidam, C. de necess. seru. hered. instit. ibi: *Quia semper vestigia voluntatis sequimur*, Menoch. de præsumpt. presumptio. 67. num. 21.

21 ¶ Esto es en tãto grado, que se tiene por cosa cruel y contra piedad, no cumplir la voluntad de los testadores, l. penult. ver. illo, C. de necess. seru. hered. instit. l. in testamento, ff. de fideicom. hered. ibi; *Pios tamen filios debere eam manumittere*, de quo plura Tiraq. in tract. le mort, 7. par. declarat. 5. num. 8. Gutierr. in repet. l. nemo potest, num. 308. De aqui nace, que la voluntad del testador facit formam, & conditionem, quæ obseruari omnimodò debet, Bald. in cap. cum in veteri, in princip. col. 1. de elect. Tiraquel. in l. si vnquam, verbo, libertis, num. 52. C. de reuocand. dónat.

nat.Gutierrez,conſ.4.num.16.& in repet.l.nemo poteſt,num.3.

22 ¶ Deſta verdadera ſupoſicion ſe ſaca eſte argumento. La voluntad del teſtador es ley; contra la ley, o ſu deliberada diſpoſicion y preſuncion no ſe admite prueua: ergo contra la voluntad, deliberada diſpoſicion y preſuncion del teſtador, no ſe puede admitir prueua; maior probatur ex præcedentibus minor probatur, ex textu, in l.antiquæ,C.ad Belleian.l.à Diuo Pio,§.ſi pignora,ff.de re iudicata, cap.is qui fidem de ſponſalibus impuberum,cap.ſignificauit, de eo, qui duxit in matrimonium,quam polluit per adulteriũ cap.ad id quod de ſponſalib. cap.literas, eod.tit. l.fin.C.ad Macedon. probãt DD.in l.fin. ff.quod metus cauſa,Speculator,in tit.de pręſumpt.§.ſpecies autem,Roman.conſ.350.Alciat.de præſumpti.par.2. num.5. Iulius Clarus, in pract. crimin. §.1.quæſt.20. verſ.Item ſcias, Anto.Gom. 3.tom. varia.cap.12.verſ.Quod tamen ſingulariter intellige.

23 ¶ Sigueſe, que ſi la ley, o eſtatuto tiene vn genero de prueua por baſtante, o vn genero de preſuncion, eſt iuris,& de iure, y no ſe admite prueua contra ella, y lo miſmo ſi diſpone que ſe de credito a alguna coſa, Campe.de teſtibus, con cluſ.439. Ioannes Andr. in Clem. 1.de probat. Bald.in extrauaganti, gloſ.iuris communis, per gloſ.in d.Clem.1.de probat.

24 ¶ Pues ſi el dicho Marques diſpuſo en ſu teſtamento,como conſta de la clauſula referida, que queria, y era ſu voluntad, que en lo que era los bienes muebles, ſedas y tapicerias, plata labrada, oros y moneda, que quedaſſe de ſus puertas adentro el dia que falleciеſſe, ſe paſſaſſe por lo que dixeſſe y declaraſſe de palabra ſu querida

 y amada

y amada muger, que congrua razon se puede dar para admitir prouança en contrario?

25 ¶ Nec obstat, quod præsumptio iuris admittat probationẽ in cõtrariũ, vt late disputat Masc. de proba. cõclus. 1228. quia hoc debet intelligi de præsumpt. iur. & nõ de præsumpt. iuris, & de iure, como es la nũa, pues quiso el testador, q̃ en quãto a los dichos bienes, se estuuiesse a este genero de prueua, probatur per supradictam doctrinã Ioãnis Andr. in Clem. 1. de probat. glos. ibi, Bald. in d. extrauaganti, glos. iuris communis. Y aun en este caso, quando la presuncion es solamente de derecho, la prouança que se admite en contrario deue ser concluyente, y mas clara que la luz del medio dia, como en las causas criminales, lo que no tiene la prouança de los dichos Marqueses, Parisius, conclus. 135. Bosius, & Bertazol. quos refert Mascard. codclus. 1228. num. 7.

26 ¶ Minus obstare videtur obiectio, quæ opponi poterat, nempè remissionem reddendi rationes non prodesse in nostro casu: quia dolus futurus nunquam videtur remissus, l. non solum, §. penul. ff. de liber. lega. l. si quis rationes, l. Aurelio, §. Caius, ff. eod. de quo late Scob. de ratiocin. cap. 5. Couar. vari. resol. lib. 2. cap. 14. Y assi parecia, que en este caso no se deue estar al dicho de la Marquesa, prouandose lo contrario.

27 ¶ Primò respondeo dolum verum non censeri remissum, dolum autem præsumptum censeri remissum, l. 1. & ibi Bald. C. de vsur. in fi. Antonin. in cap. fraternitatis, col. 9. vers. Quartò fallit, de testib. & alij, quos refert & sequitur Couar. d. lib. 2. var. cap. 14. nu. 5. In nostro veru casu præsumptiuè resultat, deficiẽte legitima probatione.

28 ¶ Secundò respondeo, que quãdo el testador graua a sus herederos, que libren a vno, o

no

no le demanden, o pidan quenta, comó en nuestro caso, no procede loque arriba diximos; y aqui consta que les grauò a que passassen por loque dixesse de palabra, y asi estan obligados a hazerlo l. Aurel. l. filias, ff. de liberat. legat. l. si quis, ff. eod. Socin. consf. 101. lib. 2.

29 ¶ Tertiò respondeo, que lo dicho se entiende respeto de administracion futura, y no en administracion passada, text. est in l. cum necessitatem, C. de fideicom. ita cõmuniter intellectus.

30 ¶ Quartò, supradicta conclusio nõ procedit, quando la remission, o liberacion se haze a persona muy conjunta, como al padre, o hijo: porq en este caso se pueden remitir asi las quentas, como el alcance, l. Aurelius, §. Titius, ff. de liber. lega. Bart. in d. l. Aurelio, §. Caius, n. 7. Roma. singul. 110. & alij, quos refert & sequi. Couar. c. nuper citato, n. 1. Y la misma razõ procede entre padre y hijos, y marido y muger, Floria. de Sampet. q. 1. col. 3. vers. hũc etiã cõfessũ. Bart. in suã q. 7. n. 9

31 ¶ Quintò respõdeo, q̃ la dotrina referida procedit de volũtate præsumpta testatoris, vt cõstat ex iuribus sup. alleg. otra cosa sera, quãdo consta expressamẽte de la volũtad deliberada del testador: porq̃ en este caso no es necessario ocurrir a cõgeturas, y se deue cũplir la volũtad sin atẽder a ellas, Manti. de coniect. lib. 3. tit. 3. n. 3. & seqq. Farina. in decis. Rotæ, decis. 336. num. 2. docet Bart. in l. non aliter 77. ff. de leg. 3.

32 ¶ Sextò limitatur supradicta cõclusio, quando adsunt verba geminata, vt in nostro casu: porq̃ aq̃lla geminaciõ y repeticiõ en las palabras, *quiero y es mi volũtad*, denota la deliberaciõ de la volũtad, d. l. Ballista, ff. ad Trebel. & fundauimus sup. art. 1. in fin. & in generali remissione, ita limitat Farina. 1. p. fragmentor. lit. D. n. 163.

33 ¶ Sep-

33 ¶ Septimò respondeo, que vna cosa es, remitir quentas a algun administrador, que està obligado a dallas, quo casu procedit supra dicta conclusio: otra cosa es, dexar la verificacion de alguna cosa al dicho de alguno, aunque sea sin juramento, como en nuestro caso: porque esto lo puede hazer el testador, Bart. in l. Theopompus, in princ. ff. de dote prælegata: quia rei suæ quilibet est moderator, & arbitrer, l. in re mandata, C. mandati, l. sed si, §. consuluit, ff. de petit. heredit.

34 ¶ Octauò respōdeo, quòd quamuis redditio rationum non possit remitti, bene tamen remitti potest confectio inuentarij, quæ remissio inducitur ex illis verbis: *Se passe por lo que dixere y declarare de palabra mi querida muger*, & tunc sufficit simplex descriptio bonorum, Alexand. cons. 58. lib. 3. & cons. 82. Curti. iuni. in l. procurator, C. de edendo, Craueta, cons. 174. Alciat. cons. 486. nu. 18. y procede indubitanter no auiendo herederos forçosos, Deci. cons. 418. verbo, in 4. dubio, Angelus, cons. 144. l. vlt. §. illo, C. adbitrium tutellæ, exornat Bart. in l. tutor qui repertorium, num. 18. Gutierr. in l. nemo potest, num. 405. cum sequentibus, & de tutellis, cap. 1. ex num. 35. & ita in praxi receptum asserit Molina, de primoge. cap. 25. num. 34.

35 ¶ Y supuesto que la Marquesa no estaua obligada a hazer inuentario solene conforme a derecho, vt tenet Aiora de partitionibus, cap. 2. num. 10. per ea, quæ ibi allegat vsque ad numerū 12. Valascus, de partitione bonorum, cap. 6. num. 29. aquellas palabras: *Se estè y passe por lo que dixere de palabra la Marquesa*, algo deuen obrar: quia verba debent intelligi, vt aliquid operentur, de quo multa per Tuschum, concl. 85. litera V.

36 ¶ Y aunque cessaran estos fundamētos, lo

lo cierto es, que la prouança contraria no concluye cosa cierta para condenacion de tanta cantidad: porque es vaga y general, y en caso de duda se deue fauorecer a la parte de los reos; mayormente teniendo tantas presunciones fauorables, y de derecho por su parte, y siendo delito el que se imputa, vt alibi dicemus. Y que se hizo el inuẽtario sin ocultacion, se ve en el mismo, junta la prouança cõtraria, pues casi todos los bienes que dizen los testigos, estan inuentariados en el: por lo que es de creer, que se inuentariaran los demas, si los huuiera: porque en persona tan noble, no se presume engaño, ni fraude, Ægid. Bellam. consil.33.num.44.vers. Faciunt iura, Alciat. in tractatu de præsumpt. reg.1.presumpt.48. Menoch. de præsumpt.lib.5.præsump.4.num.6.& 7.& presumpt.59. A que se junta la presuncion del mismo inuentario, glossa celebris, in l.cum de lege, verbo, heredes, ff. de probat. Baeza, in tractatu de dotis ratione, cap.36. columna penultima, Bart. & DD. in l.si constante, ff. soluto matrimonio, & multos cumulat Valascus, de partitione bonorum, cap.8.num.43.& ibi dicit num.45. quod dilucidè debet probare, qui asserit mansisse plura bona, & num.46. notabiliter probari debere illa bona, quæ dicuntur occultata fuisse penes defunctum tempore mortis.

37 ¶ Quibus addendũ, que si la clausula en que el dicho Marques en su codicilio mãdò, que se le passasse en quenta al dicho su sobrino todo lo que sobre el huuiesse librado, solo constando por cartas sin otro recaudo, quæ aliàs non probarent tanquam scripturæ priuatæ: y que assi mismo se estuuiesse a su dicho simple en quanto al valor de los bastimentos que le auia embiado, siendo todo esto en perjuyzio de tercero, tuuo

efeto, y se obseruò en fauor del dicho Marques don Geronimo de Santisteuan, no deue reprouar en otros la voluntad del testador, que aprouò en si, l. primera, & per totum, ff. quod quisque iuris, ibi: *Quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse alijs dixit, vel dici effecit.*

38 ¶ El Marques lo hizo por escusar estos inconuenientes y pleytos, en que se consume la hazienda, como consta de la clausula que referimos en la narracion del hecho, en que priua de la herencia a sus herederos, si pusieren pleyto a la dicha Marquesa, ibi: *A fin que por mis herederos no le pueda ser puesto pleyto, ni impedimento alguno, y si se lo pusieren, dexo toda mi hazienda a la dicha Marquesa*, tanto fue el amor que le tuuo, voluntas namque testatoris colligitur ex aliquibus in testamento expressis, & vna clausula declaratur per aliam l. qui filiabus in princ. & ibi Bart. & DD. ff. de leg. 1. Menoch. de recuperand. posses. remed. 1. num. 25. Gutierr. cons. 4. num. 4. & cons. 18. num. 38.

ARTI.

ARTICVLVS III.

Que no ſe deue eſtar a la confeſ ſion,o aſſercion del teſtador, ni a la prouança de los Marqueſes en quanto a los ſeismil ducados,que dizen auer quedado ſeparados del gaſto ordinario.

39 ¶ Lo que diximos en el Articulo precedente,procede tambien en quanto a los ſeys mil ducados, que dizen auer quedado ſeparados del gaſto ordinario,en virtud de la clauſula del teſtamento que auemos referido , en que el Marques lo dize aſsi. Toda la prouança que ay , ſe viene a reduzir a la meſma clauſula del teſtamento, y aſſi no puede tener mas fuerça que ella,ni es de cõſideracion la fama mal originada entre los criados de caſa , quæ non eſt attendenda , vt notant DD.in cap.Oſsius Epiſcopus, de electione , quia per famã ſæpè iudices decipiuntur, Bald.in conſ. 295.cap.veniens de teſtibus,& ibi gloſſa. Y los teſtigos que della deponen , deuen dar razon que ſea veriſimil (y no es creible,ni veriſimil,que publicaſſe el Marques lo que dexaua en ſecreto a la Marqueſa ſu muger, ni lo que dexaua declarado en ſu teſtamento cerrado) Bald.conſ.122.Alexander,conſ.90.num.6.lib.2.aliàs dicitur vana vox, & non fama,Roland.conſ.3.num.50.vol.1. Natta conſ.473.num.15. Surdus,conſ.151.num.76. Me-

ñoch. consf.446. num.31. vol.4. Farina. decis.182. num.5. & 6. idem, de indit. & tortura, quæst.47. num.163. & 164. Alexand. cons.70. num.6. lib.3. de quo multa per Mascard. de probat. concl.750. a num.11.

40 ¶ Tambien no es verisimil, que los testigos entrassen tan dentro de casa, y en parte tan recogida y escusada, como se prueua, ex qua inuerisimilitudine, & alijs detegitur falsitas, l. si ita quis 31. in fin. ff. de euict. ibi: *Quod vbique nemo sanus probabit*, l. Titia, §. qui in vita, ff. de leg. 2. ibi: *Non enim verisimile*, l. qui concubinam, §. qui fundum, de leg. 3. Bald. in l. scripturæ, num. 6. C. de fide instrument. Surdus, cons. 173. num. 26. Farinat. de falsitate, quæst. 153. num. 176. Mascard. de probat. conclus. 740. num. 35.

41 ¶ La mesma inuerisimilitud tiene, dezir, que luego que llegò la muerte del Marques, se sacaron las barras de plata, y mandaron hazer platos; que cierto no es creible, que vna señora q̃ amaua tanto a su marido, tuuiesse el animo tan libre, en tiempo de tanto pesar, y estando tan frescas las nueuas de su muerte, que mandasse hazer baxillas de plata, si quiera por el escandalo.

42 ¶ Los testigos que deponen de vista padecen el mismo defeto: porque Iuan Bautista de Escalante, auiendo dicho en la sumaria, que oyò dezir; despues dize, que vido sacar el dinero. Y Pedro Roso en la sumaria dize, que juzgò por el bulto, que auia mas de seis mil ducados; y despues dize, que los contò: los quales, teniendo lugar en el medio tiempo de hablar con las partes contrarias, es presuncion juridica ser falsa su deposicio, Innocent. in cap. præterea, de testibus, Ferrar. in forma opponendi contra testes, verbo, inuicim, Bart. in tractatu de reprobat. testium, vers. Cum testes,

ceftes,in princ. Y efto inhabilita los dichos, no fo lo en efte articulo, fino en todos los demas: quia teftis in vno articulo falfus, prefumitur in alijs, Farinat. quæftionum criminalium, quæft. 67. num. 111. & num. 13.

43 ¶ Ni la claufula del teftamento y codicilio, a que los teftigos fe refieren, puede perjudicar a la Marquefa, y mas auiendofele adquirido derecho de propiedad, como en bienes que eran gananciales: quia confefsio in teftamento facta, quamuis præiudicat teftatori, & heredi, non præiudicat tertio, Menochi. de præfumpt. lib. 3. præfumpt. 7. num. 9. & lib. 4. præfumpt. 29. in fin. & præfumpt. 5. num. 17. idem conf. 39. num. 68. Mafcard. concl. 1076. textus eft in l. rationes, C. de probat. ibi: *Eiufdem iuris eft, & fi in vltima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, aut etiam res certas fibi deberi fignificauerit*, l. qui teftamentum, ff. eod. l. Lutius, §. quisquis mihi, el 2. de leg. 2. l. cum quis §. Titia, de leg. 3. Surd. decif. 235. num. 15. Alciatus de præfumpt. regu. 3. præfumpt. 4. Afflictis, decif. 168. Bart. in l. fi quis in gradu, §. fi quis moriens, ff. ad Sylan. Bald. in Authent. fi dicatur, 2. columna, C. de teftam. Petrus Anchard. in cap. fin. de fuccefsione ab inteftato, Felin. in cap. literas, de præfumpt. in verf. in gloffa, verbo, graue, num. 20. fol. 230.

ARTICVLVS IIII.

Qve ſe deue eſtar a la prouança de don Antonio de Roſales, y don Aguſtin del Aguila, y a la declaracion de los apreciadores de la ciudad de Liſboa, en quanto al valor de los bienes que quedaron en la dicha ciudad, y no a lo que intentā prouar los Marqueſes.

44 ¶ Si bien no pudieramos negar, que ſiēdo la qualidad de los teſtigos, y de ſus dichos, iguales, ſe deuia juzgar por el mayor numero, per textum, in cap. in noſtra præſentia, verſ. Mandamus, & ibi gloſſa & DD. extra de teſtibus, Mynſinger. obſeruat. 38. verſ. Tertius gradus, centuria 4 gloſſa, in l. ob carmen, §. fin. verbo, in pari, verſ. Aliàs tantum, & ibi Albericus, in 6. verſ. Quo ad præſens, ff. de teſtibus. Eſto ſe deue entender y entiende, quando los teſtigos ſon iguales en qualidad de dichos y perſonas, vt colligitur ex d. cap. in noſtra, & ex cæteris iuribus, quæ faciunt pro illa concluſione.

45 ¶ Secundò limitatur prædicta concluſio: porque quando el mayor numero de teſtigos depone con la generalidad que los teſtigos de los dichos Marqueſes, adonde auia tan diferentes eſpecies y menudencias, diziendo que valdrian to

das,

das, vnos a diez mil ducados, otros a veinte mil, se deue estar al menor número que depone con distincion en cada especie, Iacob. de S.Georg. in l.ob carmen, §.fin.post numerum 27. Franc.Curt. Papiensis, in tractatu de testibus, conclus. 7. Gabriel in tit.de testibus, lib.1. conclus.4. quos refert Farinat.de testib. quæst.65. num.170. Ioachimo Mynsingerio, singul.obseruat. obseruat.76. num. 5. centur.3.

46 ¶ Tertiò limitatur, quando los testigos menos en numero deponen cosas mas verisimiles, que no tienen los precios tan excessiuos, de que deponen los testigos de los dichos Marqueses, d.l.ob carmen, §.fin.ibi: *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem multi*, quos refert Farinat.d.quęst.65.num.170. Mising. d.obseruat.38.num.4. ibi: *Considerandumque qualia sint, hoc est, quàm verosimilia.*

47 ¶ Quartò, non debet attendi prædicta probatio Marchionum: quia valor rerum non cõsistit in puncto indiuiduo, & latitudinem habet, scilicet precium supremum, infimum, & mediũ, vt ex Aristotele, 2.ethicor.cap.6. docet Dominus Couarr.lib.2.variar.cap.3.nu.1. Mascard. de probat. conclus.1404.num.7. Y los testigos de los dichos Marqueses, no solamente no deponen con distincion de precio, mas tambien no dizen de comun estimacion, quæ necessario debet attendi: y poco importa que vna cosa valga mil ducados, o se estime en ellos, y los aya costado, si no ay quien los dè por ella, l.precia rerum, ff.ad l.falcidiam, l si seruum meum, ff.ad l.Aquil. Couarr.d. & quos ibi refert d.lib.2.variar.cap.3.num.4. Gutier.pract.quæst.lib.4.quęst.61.num.7.

48 ¶ Quintò, quia non dant congruam rationem dicti sui, quod necessariò requiritur, Mascard.

card.conclus.657.num.49.Rebuf.in repet. l.vnicę, verbo, subtilitatem, num.57.C.de sentent. que pro eo, quod interst, Pinel.in l.2.par.3, in cap. vlt. num.11.C.de rescind.vendit.Lupus, in l.2. §.5. n. 126, C.de pactis inter emptorem, & venditorem.

49 ¶ Deniquè, porque los testigos que deponen del valor de los dichos bienes, no son personas que tengan noticia de la qualidad dellos, ni lo pudieran perfetamente saber: porque mal puede saber vna muger lo que vale vn coche y mulas, y asi los demas testigos, probat Alexand. cons.54.lib.6.num.3. & in l. prætia rerum, num. 10.ff.ad l.falcid. Salicet.in l.2. C.de rescind. vendit. & alij, quos refert & sequitur Menoch. cons. 111.num.14.& num.79.vbi multa, quæ huic art. adaptari possunt, Tuschus, conclus.12. litera V. num.42.

50 ¶ Por lo contrario, la prouança de los dichos don Antonio y don Agustin, aunque tiene menos testigos, deponen de comun estimacion, y dan razon congruente: a que se junta la autoridad de la tassacion hecha por los apreciadores de la ciudad de Lisboa, peritos en el arte, y diputados por la ciudad para este efeto, y que tienen noticia de las cosas, y valor dellas, a los quales como a personas publicas se deue dar credito, y tienen la presuncion de derecho en su fauor, Lapus, allegat.95.num.6.in fin.per cap. fraternitatis, de frigidis, & maleficiatis, Mascard. conclu. 1139. in princ. Federicus de Sen. cons.119. in fine, Ruinus, cons.56.incipit, stante sexto capitulo, vbi ponit plura exempla, Bart. in l.ambitiosa, num. 27.vers. Visis, ff.de decretis ab ordine faciendis, Decius, cons.191.Iason, cons.222.col.9.vers. Decimo ad idem, lib.2. Casadorus, super regul.decis. 14.num.3.

51 ¶ Qui-

51 ¶ Quibus addendum, quòd per ſtimatores benè probatur prætium, & valor rerum, vt tenent Bart. Caſtrenſis, Salicetus, Ioannes Lupus, & alij, in l.2. C. de reſcind. vendit. quos ſequitur Maſcard. concluſ.1404. a num.25. & concluſ.654. a num.1. Menoch. conſ.1174. num.34. textus eſt in authent. de non alienandis, §. quod autem, tenent etiam Alexander, Abb. Angel. Bald. Decius, Ioan. Garcia, & alij, quos refert Salgado, de Regia protectione, 4. par. cap.10. num.144.

PRETENSIONES de don Antonio de Roſales del Aguila, y don Aguſtin del Aguila, en eſte juyzio de particiones.

.I.

QVe las partidas de los diez mil ducados del ſueldo, queſe dize auer cobrado la Marqueſa, y los treinta mil reales del coral, paga de la apoſentaduria, ſe deuen juzgar por bienes gaſtados durante el matrimonio.

.II.

¶ Que ſe le deuen ſacar en eſtas particiones, por aumento de dote de la Marqueſa, cinco mil ſeiſcientos y quatro reales y medio, que el dicho Marques cobrò de Luis de Padilla.

.III.

¶ Que ſe deuen traer a eſta particion los bienes

nes rayzes,juros y cenſos,reditos,corridos, y que corrieren haſta el fin della.

.IIII.

¶ Que ſe baxen del capital del Marques dos mil y dozientos ducados,en que ſe eſtimò la Alcaydia de la Fuengirola,y plaza de Capitan ordinario,como tambien los quatrocientos ducados en que ſe eſtimò el entierro y Capilla del Monaſterio de ſanta Clara.

ARTICVLVS I.

Que las partidas de los diez mil ducados,que ſe dize auer cobrado la Marqueſa doña Beatriz de Roſales, en auſencia del Marques ſu marido, como lo procedido del coral, y apoſentaduria, ſe deuen juzgar por bienes gaſtados durãte el matrimonio, ſin hazer compenſacion a la dote.

52 ¶ His ſuppoſitis,de lo nueuamente alegado y prouado ſe conuence, que la dote de la Marqueſa ſe deue ſacar precipua en los bienes eſtantes,y no hazerla pago en lo que ſe gaſtò durãte el matrimonio. Y para fundar eſta verdad ſe

consi-

consídera, que el intento contrario pudo tener solamente vno de tres medios. El primero, no poder cobrar la Marquesa las quantidades referidas. El segundo, caso que las pudiesse cobrar, no serle licito gastarlas. El tercero, auer realmente sobrado aquel dinero de los gastos necessarios, y que lo ocultò, defraudando en ello a los herederos.

53 ¶ El primero medio no procede, pues de los autos consta, y se confiessa que la Marquesa tuuo poder del Marques su marido para hazer la dicha cobrança en su ausencia, con libre y general administracion, y facultad de poder sostituir, como lo hizo.

54 ¶ El segundo medio corruit ex pluribus, in primis, son principios llanos, que corrian por quenta del Marques todos los alimentos de la Marquesa su muger; y estos es fuerça, que sean muy considerables entre personas tã calificadas: porque de derecho en los alimentos se atiende a la calidad de las personas, quãtidad del patrimonio, y otras circunstancias, que todas concurren en este caso, l. Imperator, ff. ad Trebel. l. officio, §. ius alimentorum, ff. vbi pupillus educari debeat, l. cum alimenta, ff. de aliment. & cibar. legat. Anchard. cons. 383. in princip. Angel. cons. 357. col. penult. Roman. cons. 189. Tusch. concl. 295. nu. 8. late Tiraq. de nobilit. cap. 20. n. 142. No solamente corria este gasto por quenta del Marques, auiẽdo lleuado como lleuò la Marquesa tan quantiosa dote, de cuyos frutos se sustentan las cargas del matrimonio; mas aun de su propio caudal y hazienda estaua obligado a hazerlo, quæ est communior opinio, quamuis aliqui contradicant, vt videre est per Laram de Cordoua, in repetit. l. si quis à liberis, num. 20. in fin.

55 ¶ Y

55 ¶ Y los alimentos se entienden no solo con la muger, sino tambien con los criados, criadas y familia que le sirue, vt tenet Accurs. in authent. de non eligendo secund. nubentes, §. illud quoque, collat. 1. ibi Bart. argu. l. si cum dotem, §. sin autem in sæuissimo, ff. solut. matrim. Ioan. Lupus, in repet. rub. de donat. int. vir. & vxor. §. 68. num. 6. idem in repet. cap. per vestras, eod. tit. notab. 3. §. 1. Lamberti. de iure patronat. lib. 3. quæst. 3. art. 6. num. 7. Boerius, decis. 22. in princip. Æmilianus, cons. 3. num. 6.

56 ¶ Esto supuesto que se està confessando por los contrarios, bien pudo la Marquesa gastar y expender todo lo necessario, en cosas que corrian por quenta del Marques su marido, sustentando vna casa de tanta gente y familia, tantos criados y criadas, como de los autos consta.

57 ¶ Tambien no se podra negar, que tuuo el Marques obligacion precissa de curar a la Marquesa su muger, y que ella assi mismo lo pudo hazer, pagando Medicos y medicinas, en que es forçoso gastarse grande quantidad, constando como de los autos consta, que mientras estuuo el Marques ausente, siempre estuuo enferma en la cama.

58 ¶ Y que estos gastos de la enfermedad y cura corrian por quenta del Marques, probatur arg. text. in l. quod si nulla, ff. de religios. & sumpt. funer. l. quod in vxorem, C. de negot. gestis. Hanc sententiam tenent Cinus, Barto. & communiter DD. in l. si cum dotem, §. sin autem in sæuissimo, ff. solut. matrimo. vbi Alexander, num. 7. Roma. cons. 517. num. 2. Angel. in §. fuerat, num. 9. inst. de act. Cuman. cons. 175. Corneus, cons. 147. nu. 9 lib. 2. Ruinus, cons. 139. num. 3. lib. 4. Campegius, de dote, 2. par. quæst. 61. hoc ideo: quia nomine ali-

alimentorum veniunt medicinæ, Riminaldus iunior, conf.13. num.11.lib.2. Bart.in l.si alimentis, num.2.ff.de aliment. & cibar. legatis, Albericus de Rosate, in d.l.si cum dotem, §.si pater, n.8.

59 ¶ Es tanto assi, que si el marido no curò a su muger enferma, pierde el prouecho que pudiera tener de la dote, l.si ab hostibus, §.si vir. ff.solut. matrim. Baldus, in l.2. C.de latina libert. tollend. idem conf.53. num.1.lib.5. Aretinus, in l. quod in vxorem, C. de negotijs gestis, Angel. in §.fuerat, num.9.inst.de act. Montalu.in l.fin. tit.2 lib.3.fori, scholio fin. Ripa, in tractatu de peste, §.1 de priuilegijs contractuum, num.283. & alios refert Ioannes Lupus, in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor.

60 ¶ Confirmatur, porque aunque la muger no puede enagenar los bienes comunes, bene tamen potest eis vti, Speculat. lib.4. de dote restituenda, §.2.num.19. porque la casa del marido y de la muger toda es vna casa y vna familia, l.aduersus, C.de crimine expilatæ hereditatis, l.1. §.si vir.ff.ad Syllanian. y assi, vsus eorum debet esse promiscuus, l.quamuis, ibi: *Promiscuus vsus exemplo*, C.de furtis: y lo que es del marido es de la muger, como al contrario, l.cæterum, ff.de vsu & habitat. notat glos.in d.l.quamuis.

61 ¶ De lo dicho se sigue, que bien pudo la Marquesa expender el dinero del sueldo, y coral, en gastos y alimentos de su persona, criados y familia, curas de su enfermedad, y en las demas expensas necessarias. Y no solo pudo hazer esto; sino tambien, lo que mas es, pudo dar limosnas, como consta lo hizo para que Dios truxesse en saluamento al Marques su marido, docet Bart. in l.1.ff.de rerum amotar. Y aunque no es sine contraditore, conforme la mas comun opinion lo

pudo hazer, ex præsumpta voluntate mariti pro modo facultatum, tenet Hostiensis, de pœnit. in §. quibus & qualiter, verbo, quid de facientibus eleemosynam, D. Thom. in 4. sentent. dist. 15. q. 2 art. 5. circa medium, Panormit. in cap. si quis, de furtis, sub num. 4. & ita scribitur de muliere forti, Prouerb. 31. *Manum suam aperuit inopi, & palmas suas extendit ad pauperem.*

62 ¶ His addendum, que los gastos referidos los hizo no solamente de consentimiento tacito del Marques, sino tambien expresso, pues de los autos consta, y lo dize en especial Luis Rodriguez, testigo en esta causa, juntas otras presunciones, que el Marques dixo a la Marquesa su muger quando se partio a la jornada, que gastasse todo lo que quisiesse, y se regalasse.

63 ¶ Esto se confirma, con auerle dexado el poder tan amplio, que se presenta por los contrarios, con libre y general administracion, y con clausula de poder confessar la paga, aunque no pareciesse: en las quales implicitamente se le dio facultad de remitir deudas, y per consequentiam hazer donaciones, y enagenar los bienes comunes. Esto se prueua a mi ver con este argumento.

64 ¶ Conclusion es assentada, y comun opinion, que el procurador para cobrar, no perjudica a su constituyente confessando auer recibido, si no consta realmente de la paga: porque esto fuera per indirectum hazer donacion, que no se le concede al procurador: quia mandatum est stricti iuris, l. si procurator, C. de procurat. cap. cũ olim, vers. Cum procurator, de officio deleg. hãc sent. tenent Bart. in l. certum, §. sed an ipsos, ff. de confessis, Oldradus, cons. 116. Gregor. Lopez, in l. 7. glos. 4. tit. 14. par. 5. consonat textus, in l. Lucius §. tutelæ, ff. de administrat. tutelæ, l. non abstulit, C. de

C. de nouationibus, ibi: *Nec in eo quod non soluebatur eos liberare poterat*, Rodericus Suarez, in l. post rem iudicatam, vers. Quia supra, num. 15. Mascar. de probat. concl. 361. num. 54.

65 ¶ Pero quando el poder es con libre y general administracion, y con clausula de poder confessar la paga, perjudica el procurador solamente por su confession a su constituyente, aunque no se prueue la paga, y assi en consequencia puede librar a los deudores. Hanc sententiam tenent DD. communiter cõtra Bart. in d. l. certum, vt testatur Mascard. de probat. concl. 379. Ioann. Gutierr. de iuramento confirmat. 1. par. cap. 50. Straza, de mercatura, tit. mandati, num. 4. Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. par. 5. §. 17. n. 14. & comprobatur de iure Regio, ex l. 7. tit. 14. par. 3. ibi: *Entonce bien podria recibir la paga, o quitar el debdo tambien, como el señor que lo hizo su personero.* Ergo, si todo esto se le concedio a la Marquesa, con poder tacito y expresso, claro es, que lo tuuo para gastar lo necessario en su casa, y aun mas de lo necessario. porque adonde se concede aquello que es mas, no se niega esto que es menos, y assi se colige de la voluntad del Marques, argum. l. tale pactum, §. fin. ff. de pactis, ibi glos. & DD. & per ea, quæ cumulat Gomez, 2. tom. variar. cap. 11. n. 34. §. sed his.

66 ¶ Hæc confirmantur, porque aunque el marido es propiamente el señor de todos los bienes, en quanto a la administracion dellos, en lo que toca de las puertas adentro, gouierno de casa, y gasto ordinario, es oficio propio de las mugeres, que està a su cargo y disposicion, sin que los maridos entiendan en ello: inde Homerus in 6. Iliada introducens Hectorem vxorem aloquentem.

Sed

Sed domum iens tui ipsius opera cura.
Telamque, columque, & ancillis iube
Opus adire: bellum autem viris curæ erit.

67 ¶ Inde etiam Clytenestra apud Euripidem Agamenonem maritum ita aloquitur, vt transfert Erasmus.

Quin tu, quæ foris sunt, agas negotia
Curas ego tractabo domesticas.

68 ¶ Deinde probatur authoritate Chrisostomi in Epistola Pauli ad Corinthios, homilia 13. *Deus inquit, viro vniuersa non commisit, nec mulieri: sed pulcrè officia digessit, huic domum, illi forum tradens:* y assi auia ley entre los Egipcios, que los maridos prometiessen dexar todas las cosas de dentro de casa, a la voluntad y disposicion de las mugeres, vt testatur Diodorus, lib. 1. Vlterius probatur ex authoritate Bartol. in l. Titia cum testamẽto, §. vltimo, col. 2. vers. Quæro, quid si dixerit, iũcto vers. sequenti, ff. de leg. 2. idem cons. 56. adonde dize, que las mugeres se llaman señoras, por la preeminencia y libre administracion que los maridos les conceden en sus casas, sequitur Angelus, cons. 144. Lupus, allegat. 110. Pet. Anchard. cons. 237. Roman. cons. 118.

69 ¶ Docet Philosophorum Princeps Aristoteles, lib. 2. Economic. cap. 1. vbi ait: *Mulier omnibus, quæ sunt intus dominari oportet, & si quid intus accidat, ipsi notum sit soli.*

80 ¶ Con estos fundamentos parece que se prueua, que pudo la dicha Marquesa gastar en su casa el dinero cobrado del sueldo, y que no està obligada a dar quenta dello, pues las menudẽcias de casa, y gastos de cada hora tan por menudo, es imposible auer razon dellos: porque no se pueden tomar cartas de pago de lo que hurtan los criados y criadas, y mas estando su señora enferma,

ferma; y de lo que gasta bien, o mal gastado el mayordomo, que todos son gastos inescusables.

81 ¶ Vlterius se conuence con euidécia de la prouança contraria, pues ay testigo que dize, que los dos mil y quinientos ducados que se inuentariaron, fueron rezagos del sueldo y coral, q̃ quedò para el gasto ordinario. y siendo presentado por las partes contrarias, haze prouança plena, añididas tantas circunstancias y presunciones fauorables, y no puede en cosa alguna ser reprouado su dicho, adeò, vt probet etiam deponés de credulitate contra partem illum proferétem, vt tenent Maranta, Socinus iunior, Romanus, Parisius, & alij, quos refert & sequitur Mascardus, de probat. concl. 1242.

82 ¶ A esto parecè que se pudiera responder por las partes contrarias, que procedia en caso que el Marques no huuiesse dexado otro dinero para el gasto de su casa: pero que constando de la clausula del testamento, que dexò demas del gasto ordinario seis mil ducados, no procede todo lo que auemos dicho.

83 ¶ Respondo (dèmas de que esta confession en el testamento, no puede perjudicar a tercero, como diximos sup. artic. 3. in fin.) necessariamente se deue dezir, que lo que el Marques dexò reseruado para el gasto de su casa, fueron los dichos marauedis del sueldo y coral: esto se prueua euidentissimamente vltra superius relata; porque si no lo dexara reseruado para el gasto, cierto es, que como dispuso que se truxessen a particion los seis mil ducados, que es menos, tambien dispondria que se truxessen treze mil ducados, que es mas, sabiendo que estauan cobrados, como afirman los contrarios en la producion de cartas de la Marquesa, que estan en los autos, en que le

da quenta al Marques de las dichas cobranças: las quales, siẽdo produzidas por su parte, no pueden reprouarse en nada: quia scriptura, quæ aliàs non probaret, probat contra proferentem, vt tenet Craueta, de antiquitate temporum, vers. Visso, de verbis, num. 37. Angelus, cons. 132. Mascard. d. conclus. 1242. num. 15.

84 ¶ Ni se puede dezir, que el Marques se oluidò de lo mas, acordandose de lo menos: porque en hecho y cosa propia, no se presume oluido, en especial no se auiendo passado largo tiempo, por lo menos diez años, Castrens. cons. 285. col. 2. in princ. vers. Non ergo, lib. 1.

85 ¶ Esta presuncion y argumento solidissimo, es del Emperador Iustiniano, en la l. vnica, vers. Sin autem ad deficientis personam, C. de caducis tollendis, ibi: *Nam si contrarium volebat nulla erat difficultas coniunctim ea disponere*, consonat textus, in l. si mater, C. de inofficioso testamento, l. quidam cum, ff. de hered. instit. tenet Gutierrez, cons. 4. num. 4. in illis verbis: *Ergo si vellent quod prædicta soror, à qua partes aduersæ descendunt haberet aliquod ius ad patronatum, vel patrem ipsius, id expressissent, cum igitur non expresserint, id noluisse credendum est*, Beccius, cons. 12. num 44. & 21. num. 27. Surdus, cons. 466. num. 7. Farinac. in decis. Rotæ, decis. 336. num. 5. ibi: *Quia si voluisset, id ipsum expressisset*. E ibi: *Discreta autem dispositio facta in vno loco operatur, vt testator aliud voluisse credatur, quando non expressit*. Confirmatur: quia verba inspici debent, vt determinent id, ad quod referuntur, & nõ alia extranea, Bald. cons. 495. vers. Non obstant illa verba, lib. 4.

86 ¶ A este argumento y conclusion llana, no obstan las palabras del testamento, en que el testador dize. *Y los susodichos han de cobrar el sueldo*

que

18

que se me deuiere en Lisboa, por el cargo de Maesse de Campo General de aquel Reyno,&c. Antes por lo contrario apoya mas nuestro argumento; pues no dixo, que lo que estaua cobrado se truxesse a particion; sino *lo que se me deuiere*, que son palabras del tiempo futuro, y no se estienden a lo passado y cobrado, sabiendolo el testador, Oldradus, cons. 310. in princip. numero 1. & 2. plenissime Alexander, cons. 146. num. 5. vers. Et per hoc dicitur, lib. 5. quem refert Tuschus, conclusione 492. litera V. quia verba determinata ad certum tempus, non comprehendunt aliud tempus, Baldus, cons. 339. versic. Item verba, lib. 1. Y lo que el testador dispuso fue solamente, que se cobrasse lo que se restaua deuiendo del sueldo, y deue actualmente, que son siete mil ducados, para cuya cobrança las partes de conformidad tienen dado poder.

87 ¶ Tenemos satisfecho a los dos medios primeros; resta desatar el postrer nudo y fundamento, que parecia mas apretado, scilicet que esta cantidad del sueldo, coral y aposentaduria, realmente no se gastò, sino que se ocultò, y quedò por inuentariar. A esto se responde facilmente cõ las consideraciones referidas en el segũdo medio pues todo quedò para el gasto, como tenemos prouado; ni de los autos consta, que aya quedado otro dinero adonde es fuerça se gastasse tanto, cõfessandose como se confiessa, que quedò la casa con la misma ostentacion que antes se tenia.

88 ¶ La prouança deste intento solo cõsiste en presunciones no considerables, auiendolas por esta parte mas fuertes y euidentes: porq̃ vna presuncion mala se elide y deshaze con otra buena, y vna menor con otra mayor, l. diuus, ff. de in integrum restitutione cum similibus, ibi DD.

89 ¶ Assi

89 ¶ Asi mismo la presuncion mas benigna, como es la que fauorece a la Marquesa, siempre se reputa por mas fuerte, Castrens. in l.2. C. qui testamenta facere possunt, Lupus, in l. omnes populi, num.39.ff. de iust.& iure, Menoch. de præsumpt.lib.1.quæst.29. Y lo mismo procede en la presuncion negatiua, siendo la contraria afirmatiua, idem Menoch.quæst.29.num.13.se referens, casu 472.

90 ¶ Y bien considerada toda la prouança contraria, solamente viene a consistir en auer quedado, como se intenta prouar, cantidad de trigo, azeyte y ceuada, que no escusa el gasto pecuniario en vna casa de tanta obstentacion: y asi mismo en auer dicho el Marques, que dexaua de mas del gasto ordinario seis mil ducados, en que se entendio de necessidad el dinero del sueldo, como tenemos prouado. Y en caso que esta confession pudiera perjudicar a tercero, que no haze, en duda se deue estar a las presunciones que fauorecen al reo, per textum vulgarem, in l. fauorabiliores, ff. de regu.iuris, Alciat. in tract. de præsumptionibus, reg.3. præsumpt.44. l. inter pares, ff. de re iudicata, P.Fab. in d.reg. fauorabiliores, cap. cũ sint, de regu.iuris, in 6. cap. ex literis, de probat. c. inter dilectos, de fide instrum.

91 ¶ A esto se añade, ser las presunciones en que se fundan los Marqueses, no solamente lenes, y no concluyentes de necessidad, sino juntamente odiosas, y contra las de derecho: porque el delito nunca se presume, l. absentem, ff. de pœnis, ibi DD. l. qui accusare, C. de edendo, Alciatus in tractatu de præsumpt. reg.3. præsumptione 4. num.1. l.3. ff. de edil. edicto, multa per Mascard. concl.331.

92 ¶ Ex his sequitur dolum nunquam præ

sumi,

sumi, nec fraudem; l. dolum, C. de dolo, l. si creditor, C. de pignoratitia actione, y el dolo y fraude en esto, fuera delito, Socinus iunior, consi. 113. nu. 8. lib. 3. Anchard. consi. 385. num. 5. & consi. 388. n. 4. Antes por lo contrario se deue presumir, que la Marquesa no cometio delito, fraude, ni dolo, encubriendo cosa alguna, assi por el abono del testador, como por la presunciō de derecho, cap. vltimo, de præsumptio. & ibi DD. conducit egregia doctrina D. Thomæ, secunda secundæ, quæst. 70. art. 3.

93 ¶ Denique confirmatur ex eo, quod omnia bona præsumuntur scripta in inuentario, si contrarium non probetur dilucidè, Mascard. de probat. conclus. 205. Farinat. in decis. Rotæ, decis. 607. num. 1. porque quando se trata de prouar alguna cosa, que tiene presunciones contrarias, como diximos, se requiere prouança mas liquida y clara; y contra el que tiene presuncion de ley en su fauor, y mas concurriendo tantas, no vale la presuncion de hombre, de quo latè per Mascard. in conclusione 1024. num. 12. & conclusione 1228. num. 38.

94 ¶ Procede lo mismo en el dinero de la aposentaduria: porque estando diputado para el arrendamiento y alquile de la casa de su habitacion, no se pidiendo cosa alguna a los herederos, claro es que està pagado; porque de otra manera no dexaran salir a la Marquesa para fuera de el Reyno, & habitatio etiam nomine alimentorum continetur, l. legatum, §. fin. ff. de aliment. & cibar. leg. Calderinus, consi. 332. in fine, aliàs 3. Riminald. iunior, consi. 132. num. 9. lib. 2. Abbas, cōsi. 63. num. 2. lib. 2.

ARTICVLVS II.

Que ſe le deuen hazer buenos à los dichos don Antonio de Roſales del Aguila, y don Aguſtin del Aguila, y ſacarſe por aumento de dote de la Marqueſa, cinco mil y ſeiſciẽtos y quatro reales y medio, que el Marques cobrò de Luis de Padilla.

95 ¶ Eſta pretenſion ſe funda en vna clauſula y confeſsion del Marques en ſu teſtamento, que dize eſtas palabras: *Ha de auer por ſu mitad, de vna partida que ſe cobrò de Luis de Padilla tres mil y dozientos y treinta y quatro reales, que la otra mitad huuieron ſus hijos: y aduiertaſe, que aunque es mayor ſuma la ſentencia que ſe dio contra el dicho Luis de Padilla, ſe gaſtò lo demas en coſtas, que fueron muchas.* Y luego dize en otra clauſula. *Ha de auer mas la Marqueſa mil y trezientos y ſetenta reales y medio, digo dos mil y trezientos y ſetenta reales y medio, por lo que le toca de otra ſentencia contra el dicho Luis de Padilla, &c.*

96 ¶ La excepcion de los Marqueſes ſe funda en dezir, que eſtas partidas ſe comprehenden en la carta de dote que el Marques hizo a la Marqueſa ſu muger, y que ſu voluntad fue, que no eſtando comprehendidas eſtas cãtidades en la carta de dote, ſe le hizieſſen buenas, y no en otra manera.

nerà. Para esto se valen de la clausula precedente a las susodichas, que dize las palabras siguientes. *Iten declaro, que quando casè con la Marquesa mi querida y amada muger, y hermana, le hize su carta de dote: y porque no me acuerdo si entraron en ella algunas partidas que yo cobrè, las declaro aqui, aduirtiendo que las que estuuieren dellas en la carta de dote, no se le han de hazer buenas otra vez, &c.*

97 ¶ La resolucion desta duda consiste en saber a quien toca la prouança; si al dicho dō Antonio, de que esta cantidad no se comprehende en la carta de dote, para que se verifique la clausula referida; ò si a los Marqueses herederos les incumbe prouar que se comprehende.

98 ¶ Principio es muy assentado en derecho, que al que afirma, y no al que niega, incumbe la prouança: y supuesto que los Marqueses se fundan en vna afirmatiua, y dizen, que esta cantidad està inserta en la carta de dote, estan obligados a prouarlo, l. actor quod assenerat, C. de probat. arg. cap. bonæ, de electione, cap. quoniam contra, de probat. Speculator, in tit. de probat. §. probare, in princ. Bald. cons. 409. voto 4. Decius, cons. 564. num. 1. Y no obsta que en quanto a esto los Marqueses sean reos: quia in exceptionibus reus loco actoris habetur, l. in exceptionibus, ff. de probat. l. 1. C. eod.

99 ¶ Confirmase, porque conforme a las reglas de derecho nemo ad impossibile obligatur, y assi no està obligado el dicho don Antonio a prouar, que no se comprehende aquella cantidad en la carta de dote: porque esta negatiua es improuable, y su prouança solo consiste en no prouarse lo contrario, Barto. in l. Item illa, ff. de verb. obligat. Bald. in l. cum te, C. de probat. in fine, & cons. 318. incipit, practica ciuitatis, Felinus,

nus,in cap.2. de rescriptis, num.34. Iacobus Nouelus,in reg.164.num.3.

100 ¶ Y que a los herederos les incumba la prouanca,se prueua,argum.text.quem ego expendo in l.quingenta,ff.de probat.ibi: *Et an oblitus se in testamẽto legasse id fecerit,ab vtro probatio eius rei exigenda est*;iunctis verbis finalibus, ibi: *Heres ipse id approbare iudici debet,&c.* Confirmatur ex dictis per Roder.Suarez,in l.fori,tit.de las arras,foli.mihi 27.vers.Circa hanc partem. Y lo mismo es dezir,si no està escrito en la carta de dote, que dezir,si no està pagada,de cuya excepcion la prouança incumbe al reo,l.1.ff.de probat. iũcta glos. ibi: *Siuè neget,siuè dubitet.*

101 ¶ Y en caso que los dichos don Antonio y don Agustin del Aguila deuieran prouar esta qualidad negatiua, bastante prouança es, no auer tales partidas en la carta de dote, y se deue estar solamente a lo que suenan las palabras de la escritura, y el que afirma otra cosa intrinseca, y no aparente,lo deue prouar: porque lo que no se expressa no se comprehẽde,text.est in l.cum præcibus,cum similibus,C.de probat.

102 ¶ De aqui se sigue, que para prouar que no se hizo alguna diligencia en los autos judiciales,basta no hallarse en ellos escrita, vt tenet Gemin.cons.57.incipit in causa Archidiaconi, nu.1. ver.item probata est secunda,Decius,in l iustum C.de edendo,& cons.424.num.19.cons.483.n.4. cons.496.num.8.cons.467.num.12.cons.506.nu. 4.Bart.in l.ij,qui ad ciuilia,C.de probat.Alexan. cons.186.col.fin.lib.2 num.15.ver.nec obstat.

103 ¶ Confirmase con la dotrina de Alexandro,cons.123.num.23.lib.4.adonde dize, que para prouar que vno no està escrito en el testamento,o en la matricula, basta exibir el testamento,

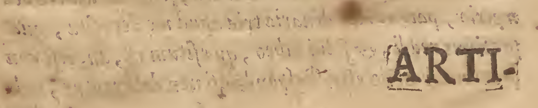
o ma-

o matricula, quibus addendum, que quando se haze relacion a alguna escritura afirmatiuamente, diziendo, que se contiene en ella alguna cosa, se prueua la negatiua, no pareciendo en la escritura aquella cosa escrita, sin otro genero de prueua, Romanus, cons. 350. incipit in casu, num. 19. in fin. & num. 20.

104 ¶ Pero aunque esto proceda llanamẽte, por las autoridades y fundamentos referidos, puede replicarse por parte de los Marqueses, que aquella clausula y confession hecha en el testamento, no se deue atender: porque no pudo tener fuerça en via de contrato, no constando de presencia de parte y aceptacion, l. certum, §. si quis absente, ff. de confessis, l. fin. ff. de interrogat. act. glos. in l. generaliter, verbo, indignum, C. de non numerata pecunia, l. 2. tit. 13. par. 3. Cumanus cons. 31. incipit, testator in testamento.

105 ¶ Aunque pudieramos en contrario valernos de la l. 2. tit. 16. lib. 5. recopilat. por la qual se dispone, que en qualquiera manera que parezca que vno se quiso obligar a otro, quede obligado, pareciendo que se quiso obligar por contrato, o en otra manera. Lo cierto es, que en caso que la dicha confession no valga en fuerça de contrato, vale sin duda en fuerça de legado, o fideicomisso; pues expressamente el testador mãdò se pagasse esta cantidad, no estando en la carta de dote: y aunque realmente no lo huuiera cobrado, estan los herederos obligados a cumplir como legado la voluntad del testador, probatur ex l. Lutius la 2. §. Lutius el 2. ff. de leg. 2. cuius hec sunt verba. *Quisquis mihi heres erit, sciat me debere demetrio, patruo meo denaria tria apud me deposita, quæ protinus reddi, & solui iubeo, quæsitum est, an, etsi non deberentur, actio esse? Respondeo, si non deberentur, nul-*

lam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso, l. Aurelius, §. fin. vbi Bart. ff. de liberat. legat. Alexand. cons. 222. incipit. viso processu, num. 7. verbo, & per hæc patet, lib. 7. tenet Barto. Alberic. Bald. Castrens. & communiter DD. in d. l. Lutius, consonat textus, in l. Lutius, §. Semproniæ, de leg. 3. l. si sic, §. 1. de leg. 1. l. cum scriptum, de dote præleg l. qui testamentum, ff. de probat. & de iure nostro, l. 19. tit. 9. par. 6. in hæc verba: *Cierta quantia de marauedis, mandando el testador en su testamento a otro, diziendo assi; Cient marauedis que yo deuo a fulano, mando que ge los den, si por auentura acaeciere que le no deuiesse ninguna cosa, tenudo es el heredero del testador de dar la quantia sobredicha aquel a quien la manda, porque se entiende que ge lo quiso dar, &c.* Et in nostro casu, & confessione dotis tradit Alexand. cons. 45. col. 2. lib. 1. Felinus, in cap. si cautio. num. 9. & num. 24. de fide instrumentorum, Bald. cons. 447. lib. 3. Corneus, cons. 132. volumine 3. in fine, & cons. 57. volumine 4. Ioannes Gutierrez, qui alios refert, practic. quæstionum, lib. 5. quæst. 96. num. 3. idem de iuramento confirm. 2. par. cap. 6. Anton. Gom. 1, tom. vari. resolut. cap. 22. num. 81. Quibus addendum, quod bona marito tradita post constitutam dotem, dotalia quoque censentur, Menoch. de præsumptionib. lib. 3. præsumptione 8. numero 23.



ARTI-

ARTICVLVS III.

Que se deuen traer a esta particion todos los reditos y frutos de los juros, censos y bienes rayzes, assi los corridos, como los que corrieren hasta el fin della.

106 ¶ De los autos deste processo, y quentas que dio el Marques don Geronimo de Santisteuan, de la administracion que tuuo de la hazienda del Marques su tio en esta ciudad, consta que ay muchos juros, censos, y bienes rayzes multiplicados durante el matrimonio. Y que todos ellos ayan de venir a esta particion, no es cosa que recibe duda: en quanto a los frutos en que parece se haze mas contradicion, tambien tiene poca dificultad; porque la herencia es vn derecho vniuersal, que comprehende no solamente los bienes rayzes, muebles, derechos y acciones, que quedaron al tiempo de la muerte, l. item videndum, §. fin. cum l. seq. ff. de petit. hered. sino tambien lo que se aumentò despues: porque recibe aumento y diminucion, y vienen en ella los frutos procedidos antes y despues de la aceptacion, l. item veniunt, §. item non solum, & §. fructus, de petit. hered. ibi: *Fructus autem omnes hereditatem augent, siuè ante aditam, siuè post aditam hereditatem, accesserint, sic iudex heredem mittens in possessionem rerum hereditariarum, debet mittere etiam in possessionem fructuum: quia possessor tenetur restituere illi fructus vna*

cum

cum possessione, text. in l. non est ambiguum, ibi: *Incremento fructuum augere*, C. familiæ herciscundæ. La razon es, porque la mesma razon procede en lo acessorio que en lo principal; y de la mesma naturaleza deue ser el aumento, que la cosa acrecentada, l. etiam, C. de iure dotium, l. si conuenerit, §. si nuda, ff. de pig. act.

107 ¶ Aunque esto procede asi llanamente, en nuestro caso puede recibir duda: porque las leyes referidas hablan, quando la herencia es comun entre muchos coherederos, para diuision de vna sola herencia: pero en nuestro caso ay diferẽtes herencias de diferentes personas, y asi parecia que no se deuian comunicar los frutos: porq̃ la compañia se acabò con la vida, como se alega por parte de los Marqueses, l. actione 65. §. morte l. societatem, ff. pro socio, y esta no passa a los herederos, d. §. morte, ibi: *Nec heres socij succedit*, cum sequentibus.

108 ¶ Confirmase la dificultad: porque la razon inductiua de la comunicacion de los frutos, que se dispone por la l. 1. 3. y final del fuero, ti. de las ganancias, se funda en la cohabitacion cõtinua del marido y muger, trabajo y industria y expensas de entrambos, vt tenet Rodericus Suarez, in d. l. fori, & communiter DD. De donde se sigue, que si al marido, o a la muger, se mandò alguna cosa, y auiendo pleyto en razon della, despues huuo condenacion con frutos, estos no seran comunes, porque faltò la razon de la comunicacion, vt tenet Aiora, de partionibus, 3. part. quæst. 28.

109 ¶ Breuiter respondeo, que aunque los frutos no sean comunes iudicio familiæ herciscundæ, por no ser la particion entre coherederos de vna misma persona, lo son sin duda iudicio cõ-

muni

muni diuidundo. Y para esto se presupone, que en los bienes gananciales, ganados durãte el matrimonio entre marido y muger, se adquiere el dominio sine traditione, per l.1.fori, tit. de las ganancias, l.3.l.4.tit.9.lib.5.recopilat. Roderic. Suarez, in d.l.fori, Valasc. de partit. bonorum, cap.5. Anto. Gom. in l.50. Tauri, num.76.

110 ¶ Y aunque de derecho comun, in bonis durante societate acquisitis, non transit dominium sine traditione, vt tenet Petrus Anchardus, cons.102. licèt posteà iure societatis veniant communicanda, vt probatur in l. si quis societatem, & in l. societatem, l. ea vero, ff. pro socio, tenet Bald. in l.1. eiusdem tituli, Cumanus, in l. quod meo, ff. de acquir. possessione, col. fin. Iason, in l. si socius, ff. si certum petatur, Ioannes Garcia, de expensis, cap.13. Y parecia proceder la misma razõ entre marido y muger: porque las leyes que hablan de la compañia vniuersal, proceden entre los casados, vt tenet Anto. & Abbas, in cap.2. de sponsalibus, Bald. in l. rei iudicatæ, §. socero, & ibi DD. ff. solut. matrimonio, Palacios Rubios, in rubr. §. 61. in princip. Couarr. lib. 2. varia. cap.19. Anton. Gomez, in l.50. Tauri, num.69. Gamma, decis.314.

111 ¶ En nuestro caso, por disposicion expressa de las leyes destos Reynos, procede lo cõtrario: porque ay acquisicion de dominio, y comunicacion de los bienes adquiridos constante matrimonio ipso iure, per d.l.fori, vt tenet Roderic. Suar. ibi, vers. Quæritur vlterius, fol. mihi 23. Anton. Gom. in d.l.50. Tauri, num.76. Valascus, de partitione bonor. cap.6. num. 16. & est communis opinio.

112 ¶ Y procede de derecho destos Reynos

no ſolamente entre marido y muger; ſino tambien en los compañeros, entre los quales ipſo iure ſe comunican las ganancias, l. 47. tit. 28. par. 3. in finalibus verbis, ibi: *Otroſi dezimos, que toda ganancia que qualquier dellos faga, que el ſeñorio della paſſa a los otros tambien, como ſi cada vno dellos la huuieſſe fecho*, tenet ibi Greg. verbo, el ſeñorio.

113 ¶ De aqui ſe infiere, que auiendoſe adquirido dominio en los bienes gananciales a la Marqueſa, y paſſando eſte derecho a ſus herederos, ſeran tambien comunes los frutos procedidos de la coſa comun, y vendran in actione communi diuidundo, l. 32. ff. pro ſocio, tenet expreſsè Valaſc. d. cap. 6. num. 21. in fin.

114 ¶ Confirmaſe, porque en la compañia ſe comunican los bienes que ſe acrecen deſpues de la muerte de vno de los compañeros, l. actione, §. morte, ff. pro ſocio, & colligitur expreſsè ex ſupra relatis Doctoribus. *Nam etſi diſtracta eſt societas, nihilominus diuiſsio rerum ſuperſt*, vt dixit Iuriſconſultus, in d. l. actione, §. ſi poſt diſtractam.

115 ¶ Tambien ſe infiere, que la deuda de la dote no ſe pudo pagar con lo cobrado de los cenſos y juros, frutos de la herencia que le pertenecen a los herederos iure proprio.

ARTI-

ARTICVLVS IIII.

Que ſe deuen baxar del capital del Marques, los dos mil y dozientos ducados, en que ſe eſtimò la Alcaydia de la Fuengirola, y plaza de Capitan ordinario; como tãbien los quatrocientos ducados del entierro y Capilla de ſanta Clara.

116 ¶ Para reſolucion deſta duda ſe preſupone, que eſtas plazas faltaron en vida del Marques, como de los autos conſta, y aſsi no ay ſugeto ſobre que cayga la eſtimacion, ni reſpeto de lo principal, ni reſpeto de los frutos, o ſueldos, que tambien los ſueldos de ſemejãtes oficios ſon frutos, y ſe juzgan por tales, vt explicat Roderic. Suarez, in l. 1. fori, tit. de las ganãcias, folio mihi 16. verſ. Per prædicta, & colligitur ex infra allegandis Doctoribus.

117 ¶ Y aunque eſto ceſſara, que baſta para juſtificacion deſte intento, es ſin duda que las quantidades en que ſe apreciaron las dichas plazas, ſe deuen baxar, porque no ſon coſa que reciba eſtimacion reſpeto de la dignidad, y los ſueldos a cuya atencion ſe apreciaron, ſon comunes y comunicables entre los caſados, Azeuedus, in l. 5. tit. 9. lib. 5. recopilat. ibi: *Hæc enim cùm vita ea exercentium, vel voluntate Regis extinguntur & finiuntur,*

tur, & sic non communicantur inter coniuges, quia nihil est, quod in proprietate æstimari posit, & quamuis ita sit nihilominus, eorum fructus, reditus, prouentus, ac salaria talium officiorum communicantur inter coniuges, sicut aliorum bonorum, vbi allegat doctrinam Baldi, in tit. quis dicatur Dux, vel Marchio, & in proœmio feudorum, col.10. quem etiam refert & sequitur Roderic. Suar. ad dictam legem fori, folio mihi 17. vbi alios refert pro hac opinione, & loquitur erudite, vt solet, qué sequitur omnis schola scribentium.

118 ¶ Asi se juzgò en la ciudad de Toledo, como lo refiere el mismo Rodrigo Suarez, en la causa de vno que auia ganado mucha hazienda, de semejantes salarios de oficios dados por el Rey: como tambien dize auerlo aconsejado el mismo Autor en la causa del Alcaydia de Xerez, loco supra citato, tenet etiam Antonius Gomez, in l.53. Tauri. vers. Quartus est, num.72. per l 2. ti. 4. lib.5. ordinamenti, Palacios Rubios, in repetit. rubricæ, de donat. inter vir. & vxorem, §.65. num. 65. Y asi dize que lo juzgò el Consejo Real en la causa del Doctor Montaluo con los hijos de su muger, & idem procedere in fructibus commendatarij. Es texto expresso la ley 5. tit.9. lib.5. recopi. ibi: *Y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses y donadios, que ambos los ayan de consuno*, sequitur Gutierr. lib.2. practicar. quæstionum, quæst.119. nu. 4. & num.7. circa principium, & quos ibi refert Matienzo, in d.l.5. Garcia a Saauedra, de coniugali acquestu, num.135.

119 ¶ Si la estimacion se hizo solamente, respeto de los sueldos, pues no auia otra cosa que estimar, y estos son comunes, como tenemos prouado, cessarà el efeto faltando la causa, l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patronatus, Socin. cons.251. col.

col.6. verſ.Comprobatur, Tuſchus, concluſ.137. litera.C. y mucho mas faltando los ſueldos, como tenemos dicho.

120 ¶ No obſta que los oficios de eſcriuanos, Regidores y otros, renunciables y vendibles, conforme la opinion mas comun, reciban eſtimacion, y ſe deua ſacar precipua, quando ſe lleuan en capital, y partirſe, ſiendo adquiridos durante el matrimonio, vt tenet Couarr. lib.3. vari. reſolut.cap.19.col.fin. Auendaño, 9.reſponſo, nu. 2.& reſponſo 38. quamuis idem reſponſo 20.contrarium opinetur, Guillelmus, in cap. Rainutius, verbo, & vxorem, num.225. & alij, quos refert & ſequitur Valaſcus, de partitione bonor. cap.13. a num.67. Hoc intelligendum eſt de militia, quæ morte non finitur, alias contrà, per textum, in l. omnimodo 30.§.imputari, C.de inoffic.teſtamẽ. ibi: *Eo, quod talis ſit militia, vt vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perueniat*, l. illud, C.de collat.& ibi DD. explicat Anto. Gom. in l. 19.Tauri, num.21.& colligitur ex relata doctrina Azeuedi, in d.l.5. num.1. ibi: *Quia nihil eſt, quod in proprietate æſtimari poſsit.*

121 ¶ Ni impide lo que ſe alega por parte de los Marqueſes, diziendo, que ſe ſubrrogarõ en lugar de aquella plaza otras de mas importãcia: porque la ſubrrogacion tiene lugar, quando de la coſa vendida del marido, o de la muger ſe cõpra otra coſa, conſtando que la compreda ſe hizo del dinero procedido de lo que aſsi ſe vendio, o quando ſe trueca vna coſa por otra, Rodericus Suarez, in d.l.1.fori, tit.de las ganancias, limit.2. Tambien procede la ſubrrogacion, quando ſucede vn genero en lugar de otro, per text. in l.vetus. §.fætus, l.quid ergo, ff.de vſufructu, §. in pecudũ, inſti. de rer.diuiſsione, l.20.tit.11. part.4. Ayora,

N de

de partitionibus,3.par.quæſt.29. Pero en nueſtro caſo no ſucedio vna coſa en lugar de otra, procediendo della miſma,ni huuo permutació, ni ſubrrogacion,y aunque la huuiera, no ſe pudo eſtimar la dignidad del Alcaydia, como tenemos prouado,pues fue,y es comun el prouecho de los ſueldos.

122 ¶ Y en quanto al aprecio del entierro, y Capilla de ſanta Clara,me detendrè poco:porque tiene menos dificultad. La ſepoltura ſolo aprouecha en la muerte, y no es coſa comunicable en la compañia, pues ſu aprouechamiento tiene principio,quando la vida tiene fin.

123 ¶ Podia nacer duda por la gloſſa in cap. abolendæ, extra de ſepolturis, verbo, ſepoltura, en quanto dize, que ſe puede vender el lugar de la ſepoltura: quia nemo tenetur de ſuo beneficiū facere,cap.precariæ 10.quæſt.2. l.in re mandata, C.mandati, aquella gloſſa ſe deue entender ſecūdum gloſſam paruam,quia locus tripliciter dicitur, priuatus, religioſus, & ſacrus: In primo caſu procedit venditio,non in reliquis. Ita intelligendus eſt textus,in l.2.§.purus autem, de religioſis, & ſumptibus funerum,l.locum,C.eod.

124 ¶ Pero quando la ſepoltura eſtà en lugar ſagrado,no es coſa que recibe eſtimacion, d. cap.abolendæ,de ſepolturis,cap.non ſatis, §.pro ſepoltura, cum cap. ſequ. de ſimonia, Felinus, in cap. ad Audientiam,el 2.de reſcript. verbo, fallit 1.in electione ſepolturæ, Federicus de Sen. conſ. 186.A eſto ſe junta, que la propiedad de la ſepoltura no pudo pertenecerle al Marques, ſino ſolo el derecho de ſepultarſe, Anchardus, conſil. 113. quem refert Cardinalis Tuſchus, concluſio. 192. litera S.

125 ¶ De

125 ¶ De lo dicho ſe infiere, que los dos mil y dozientos ducados. en que ſe eſtimò el ſueldo de la Alcaydia de la Fuengirola, y los quatrocientos en que ſe eſtimò el entierro y Capilla de ſanta Clara, ſe deuen baxar del capital, o pagarſe eſta partida con la miſma Capilla. Salua in omnibus, &c.

Lic. Manuel Serrano Henriquez.